Cex.° allegano 17 / 41 / 54



POR DOÑA MARIA DE ESPEIO. VEZINA DE la Ciudad de Seuilla, como curadora de ſus hijos menores. En el pleyto,

CON

EL FISCAL DE SV MAGESTAD, Y LOS Recetores de penas de Camara, y gaſtos de juſticia deſta Corte. Para q̃ ſe reuoque la ſentēcia de remate, dada por el Executor, y todo lo en ſu virtud hecho, proueydo, y executado, y la ſentencia de viſta que la confirma. Suplica a V.S. paſſe los ojos por eſte papel.

EN GRANADA. Impreſſa en la imprenta de Vic[...] Enfrente de los eſcritorios del crimen. Año de 16[.]5.

1 PRESVPONESE EN el hecho, que en treze de Março de 1598. Iuā Lopez de Mendoça, vezino de Seuilla, por escritura comprò de Fernando, y Bartolome de Zuleta hermanos, y de doña Maria Nuñez, y doña Francisca de Rojas sus mugeres, y en virtud de su poder vna guerta, suelo, y arboles, frutales, y tierras calmas, con su casa de piedra y açacaya, en termino de Palomares, do dezian la dehesilla, que auria quinze arançadas de guerta, y tierra, linde con guerta de Santa Paula, y con guerta de Iuan Ximenez, y con tierras del Cōde de Gelues, y por la cabeçada el camino de Merlina, que los dichos Fernando, y Bartolome Zuleta auian heredado de sus padres, con cargo de cierto tributo perpetuo, que se pagaua a el mayorazgo de don Iuan Ortiz, y con cargo de 17ʒ947. marauedis, que se pagauan a Francisca de Rojas difunta, y a doña Leonor de Hojeda su heredera, en precio de 1ʒ330. ducados mas de los tributos que pagò de contado.

2 ¶ Tambien se presupone, que en cinco de Mayo de 604. Iuan Lopez de Mendoça, estādo en la Ciudad de los Reyes en el Pirù, dio poder a Pedro Gallegos de Mendoça su padre, para que pudiesse dar en dote, y casamiēto a la persona que casasse con doña Maria de Mendoça su hermana, la guerta sobre que es este pleito. Y otra guerta que nombra en el poder, en precio de 4ʒ. ducados de Castilla de a onze reales, cō mas otros 2ʒ. ducados de su valor, con cargo, que en qualquiera tiempo que diesse los 4ʒ. ducados a la persona que con ella casasse, le auia de boluer las guertas. Y si fuesse dissuelto el matrimonio, o muriesse su hermana sin hijos, que toda la dote auia

te auia de boluer a el dicho Iuan Lopez de Mendoça.

3 ¶ Tambien se presupone, que en veynte y dos de Iunio de 605. Pedro Gallegos de Mẽdoça, en virtud del poder referido, hizo escritura de promessa de dote a don Pedro Dionisio de Astorga, que estaua tratado de casar con doña Maria de Mendoça su hija, y lo que parece le mãdo y prometio, fueron 5U866. reales en bienes muebles, apreciados conforme a vn memorial, que està inserto en la dicha escritura, y 18U. reales en dineros de contado, y dos guertas, que la vna de ellas es la sobre que es este pleyto, apreciadas en 4U. ducados, que por todo fueron dos quentos 135U800. marauedis.

4 ¶ Assimismo se presupone, que por el año passado de 607. Pedro Gallegos de Mendoça fue preso en la carcel desta Corte, por causa que de oficio se siguio contra el, y otros por razõ de vn pleyto de hidalguia, y fueron mandados soltar, fiandose los vnos a los otros, con fiança de estar a derecho, y pagar juzgado y sentenciado, y en 27. de Diziembre del dicho año de 607. el dicho Pedro Gallegos de Mendoça, y Francisco de Vargas Ponce, y Aluaro Ruyz de Quiros, y Diego de Sierra Vargas el viejo, y Diego de Sierra Vargas el moço, vezinos de Xerèz, se fiaron de mancomun de pagar juzgado y sentẽciado por la dicha causa, y despues por el año de 611. el dicho Pedro Gallegos de Mendoça fue condenado por la Sala de hijosdalgo en 250. ducados, por la causa contenida en la dicha fiança.

5 ¶ En quinze de Iulio de 622. se despachò comission a Manuel Nuñez executor, para que cobrasse de Pedro Gallegos de Mendoça, y sus bienes 79U. marauedis de resto de los 250. ducados de la condenacion, porque lo demas lo

auia

auia cobrado Pedro Alonso Cordero Executor.

6 ¶ Tambien se presupone, que en cinco de Nouiembre del mismo año de 1622. Pedro Gallegos de Mendoça otorgò su testamento, y por vna clausula declarò que tenia en la casa de la Contratacion de Seuilla 62ῦ.reales, y de la parte que le pertenecia pagadas las deudas, y satisfecho las obligaciones que tenia hechas, se sacasse el quinto a el perteneciente, y de ello se pagasse su funeral, y entierro, y de lo que quedasse, se fundasse vna Capellania de Missas, señalando las Missas, y limosna sus albaceas. Y tambien le señalassen a sus patronos, lo que vuiessen de auer en cada vn año, y dotassen la Capellania en 150. ducados de renta, lo que menos alcançarà a el quinto, y para ello les dio poder en forma. Y por otra clausula nombrò por sus herederos a doña Ysabel de Ribera su hija; y a Iuan de Mendoça su nieto, representando la persona de doña Maria su hija, y lo heredassen por yguales partes.

7 ¶ Y en dos de Henero de 623. Manuel Nuñez Executor començò a hazer autos, en razon de su cobrança, en virtud de la comission, que queda referida, y de nõbramiento hizo execucion en los bienes, que pareciessen ser de Pedro Gallegos de Mendoça, y en las capas, y mantos de sus herederos fue citado de remate dõ Pedro Dionisio de Astorga, el qual dixo, que el no auia heredado bienes ningunos de su suegro, que eran cierta cantidad de dineros, que estauan en la Contratacion, y no se auian podido cobrar, respeto de estar embargados de pedimiento de sus acreedores, y consintio el dicho don Pedro, que de qualesquiera bienes que fuessen de el dicho Pedro Gallegos de Mendoça, se pagasse a su Magestad. Y proueydo auto con parecer de assessor, para que aceptasse, o repudiasse la herencia. Y se le notificò a el dicho don Pedro.

8 ¶ Y por auto que el dicho Executor proueyó, lo declarò por no heredero de el dicho Pedro Gallegos de Mendoça, atento a que tenia repudiada la herencia. Y en ocho de Henero de el dicho año de 1623. dio, y pronunciò sentencia de remate contra los bienes de Pedro Gallegos de Mendoça, y de sus herederos. Y despues en 16. de Henero de 1623. mejoró la execucion en la guerta, sobre que es este pleyto. Y fue citado de remate el dicho don Pedro Dionisio, y se fue siguiendo la execucion, y se dio nueua sentencia de remate, en 17. del mesmo mes y año.

9 ¶ Y en veynte de Mayo del dicho año don Pedro Dionisio de Astorga, otorga carta de pago ante escriuano, en que confessò auer recebido de don Gaspar de Monteser tesorero de la casa de la Contratacion de Seuilla, y de Iuan de Vgalde en su nombre 349U256. marauedis de 5U58. pesos, quitas costas, y auerias, que se truxeron a la dicha casa por bienes de Iuan Lopez de Mendoça, que murio en el Pirù, año de 621. inclusos en mayor partida, los quales se dieron en el pleyto que se siguio entre los herederos de el difũto, y sobre esta partida se adjudicò la quarta parte de ella a el dicho don Pedro, como a padre, que fue de don Iuan de Astorga su hijo, por cabeça de doña Maria de Mẽdoça su madre, que lo fue de doña Iuana Nuñez madre del dicho difunto. Y assi mismo se le adjudicó la mitad de 479. pesos y vn tomin, que tocauan a pagar a Pedro Gallegos de Mendoça padre del dicho difunto de la parte que le estaua adjudicada desta partida, que todo lo que vuo el dicho don Pedro, assi de la quarta parte de la parrida, como por la mitad de los dichos 479. pesos y vn tomio mõtò los 375U22. marauedis, y los 15 8U66. marauedis, cumplimiento a las 349U256. marauedis, se le baxaron por vn embargo que estaua en esta

partida

L

partida de 466. reales, por parte de el Conuento de Nueſtra Señora del Valle, por los corridos de cierto tributo a que eſtaua obligado el dicho don Pedro Dioniſio.

10 ¶ Y en diezyſeys de Março de 1627. don Pedro Dioniſio de Aſtorga, y doña Fabiana Henriquez ſu muger, vendieron a Luys Gomez, vezino de Seuilla las guertas ſobre q̃ es eſte pleito, termino de Palomares, pago de Merlina, con cargo de vn tributo perpetuo de ſeis ducados, y con el cargo de otro tributo de 46. reales de plata, de que ſe pagaua cenſo en cada vn año a la Capellania que fundó Maria de Villalobos, y por libre de otro cenſo y tributo, en precio de 6ṽ300. reales a cenſo ſobre la dicha guerta, haſta que ſe redimieſſen, con cargo de los cenſos referidos, y ſe pagaron de contado 300. reales, y ſe redimio el cenſo de 4ṽ. reales de plata.

11 ¶ Aſsimeſmo ſe preſupone, que por el año de 631. ſe dio nueua comiſsion a el dicho Manuel Nuñez, para que hizieſſe la cobrança de los marauedis que reſtaua deuiendo el dicho Pedro Gallegos de Mendoça, y en virtud de ella fue proſiguiendo las diligẽcias hechas ſobre las guertas, haſta mandarlas vender, de que ſe apelò por parte de doña Maria de Eſpejo, como curadora de ſus hijos menores, y auiendo dicho agrauios en eſta Corte, y alegado y prouado mejoramientos, y pidio por reconuencion. Salio ſentencia de viſta, confirmando el auto del Executor, con que del precio en que ſe vẽdiere la guerta, ſe le paguen a doña Maria del Eſpejo, la partida de los 4ṽ. reales del cenſo, y la de los 300. reales, que pagó de contado a don Pedro Dioniſio. Y por libre a el Fiſcal de ſu Mageſtad de la reconuenciō, y ſe mandaron cōpenſar los mejoramientos con los frutos. Deſta ſe ſuplicó, y ſe alegaron mas en forma mejoramiẽtos. Recibioſe aprueua, y doña

Maria

Maria hizo la prouança de mejoramientos, que abaxo se pondera.

12 ¶ Este hecho presupuesto, se diuidirà esta alegacion en tres puntos.

13 ¶ En el primero, se fundarà, que los Executores de penas de Camara, no pudieron proceder por via executiua contra la dicha doña Maria de Espejo, por ser tercera posseedora de la dicha guerta con titulo, y buena fee.

14 ¶ El segundo, que menos pudieron proceder por via ordinaria, respeto de ser el deudor de la Real Camara Pedro Gallegos de Mendoça, y no auer sido jamas esta guerta de el susodicho.

15 ¶ El tercero, que quando lo vno, y lo otro cessara, ha de ser preferida la dicha doña Maria de Espejo en tres mil ducados, que ha hecho de mejoramientos en la dicha guerta, tenien do retencion por ellos, sin compensar frutos por mejoramientos, pues frutos en posseedor de buena fee, no los ay, sino es desde el dia de la litis contestacion.

PRIMERO PVNTO.

16 NO se puede dudar, que en auer el Executor procedido contra doña Maria de Espejo, por via executiua despojandola de las dichas guertas, excedio, porque siendo como era tercera posseedora, con stituto deventa, que es el que está presentado n este pleyto, no puede auer via executiua, aũ quãdo las guertas estuuieren hypotecadas a la deuda de la Camara, pues aun en el censo no se puede proceder por via executiua contra el posseedor de la hypoteca, sino ordinariamẽte, como lo defendio Iason, in l. 2. numer. 68. C. de iure emphiteut. Aluaro Valasc. de iure emphiteut. quæst. 4. num.

num.7. eleganter respondendo ad obiectiones contrarias, Petrus Surdus, decis.32. num.2.& 3. Auendaño, de censib. Hispaniæ, cap.96. num.2. & ratio non in obscuro est; porque como la accion personal no se dà cōtra el tercero posseedor l.fin. §. fin. de contrahendi emption. l. si hæres percepto fundo ad Trebel. l. quædam, §. autem, de edendo, dicendum videtur, quod contra tertium possessorem via executiua agi non potest.

17 ¶ Contra esto opone la parte del Fiscal de su Magestad, que respeto de auer el executor de la Camara en 16. de Enero de 623. mejorado la execucion en la guerta sobre que es este pleyto, y caydo sobre ella sentencia de remate, quedó ya litigiosa, y afecta a la via executiua, y vicio de litigio: y asi auiendose vendido despues de la sentencia el año de 27. se pudo muy bien executar: quia litigiosa res, vbi lite pendente alienatur, tunc nec illius possessio transfertur, Decius, cons.492.nu.8. lib.3. Paris. cons. 108. num.4.lib.2. Guid.Papa, decis.337. num. 4. & ita potest fieri executio contra tertium rei possessorem, como es dotrina de Bart. en la l.fin. nu. 1. C.de litigiosis, Couarrub. practicar. cap. 15.n.7. Neuisan.cons.20.n.13. Benintendis, decis. Bononiensi 48. n. 20.

18 ¶ A esta oposicion, que es la principal que tiene este pleyto, se responde en las maneras siguientes.

19 ¶ Lo primero que esta mejora de execucion hecha en estas guertas, no causó vicio de litigio, para que proceda la dotrina de Bart. en la dicha l.fin. C.de litigiosis, y se pueda dar via executiua contra el tercero posseedor; porque para que vna cosa se diga propriamente litigiosa, es necessario que el litigio aya sido sobre el dominio directo, o vtil, y no sobre la possesion, o sobre via executiua, como es literal texto el Authent.

thent.litigiosa res, de litigiosis, ibi: *Litigiosa res est de cuius dominio causa mouetur, inter possessorem, & petitorem*: y asi por estos textos han tenido esta conclusion Menoch.cons.79.n.26. que alega Bald. Salicet. Bart. en la dicha Authent. Cardinalis Tusch verbo, litigiosi vitium, concl.386. nu.59. infinitos autores iuncto more solito, Farinat, en los fragmentos, litera L. n.276.

20 ¶ Lo segundo, que por el embargo y mejora de la execucion hecha en las dichas guertas, y sentécia de remate, que despues cayó sobre ellos no afectò las dichas huertas con vicio de litigio, como en proprios terminos lo tuuierõ todos los autores que alega Farinacio en los dichos fragmentos criminales, litera L. num. 269. ibi: *Litigiosa res non efficitur per oppositionem sequestri, secundum Hostiens. in c. Ecclesia sanctæ Mariæ, n.3. vers. Sed nec simplex interdictio, & est glos. in Authen. de litigiosis, in princip. in verb. mouetur, vers. Item simplex interdictio, Nata, cons.2. post num.2. vers. Præterea quomodó sequæstrum, lib. 1. vbi propterea dixit rem non effici litigiosam in iuditio incipiente à sequæstro, refert eum, & sequitur Lancellot. de attentatis, part.2. cap.4. in præfatione, num.497, & num. 289. & num.208. & 210. vide ad præmissa Alex. ad Bart. in l.1. litera B. vers. Idem dicas, C. de litigiosis, vbi dixit, quod litigiosa res sicut non efficitur, quandó super illius poßeßione est controuersia, ita, & multo minus dicitur litigiosa, quandò super eadem re est appositum sequæstrum, cum per illud possessor sua poßeßione non pribetur, & ideó res sequæstratas sequenter vendere poterit, & prætium succedit loco rerum; subdit tamen quod sequæstratores obligari non possunt.*

22 ¶ Lo tercero se respõde, que esta execucion que se mejorô en estas guertas, fue notoriamente ninguna, respeto de que auiendo el mismo executor declarado por su auto a dõ Dionisio

nisio de Astorga, por no heredero del dicho Pedro Gallegos de Mendoça, respeto de auer repudiado su herencia en esta mejora de execucion, deuiendo nombrarle defensor a Pedro Gallegos de Mendoça, cõ quien se seguia la execucion, no lo hizo antes citô de remate a el mismo dõ Dionisio, a quien tenia declarado por no parte, por auer repudiado la herécia: y asi siendo el vnico fundaméto de la via executiua la citació de remate, y q̃ se haga a parte legitima (pues lo mismo es no hazerse q̃ hazerse a quien no es parte) y todas las vezes que la execucion es ningnna, se ha de citar a el legitimo deudor nueuaméte, y nombrarle defensor si fuere muerto, o estuuiere ausente, secundum Padillam, in l. 1. num. 20. C. de iuris, & facti, notant Auendaño, Suarez, Didacus Perez, Ruino, Menoch. & Rebuff. quos refert Azeued. in l. 19. titul. 21. lib. 4. recop. n. 28. y siendo esta execucion ninguna por defecto de citacion de remate, o parte legitima, no causò litigio, porque la execucion, o los autos, ningunos no causan litigio, como lo dixo el mismo Farinacio vbi supr. num. 264. ibi: *Litigiosa non efficitur res ex processu nullo, ex allegatis per Lancelotum, de attentat. part. 2. cap. 4. impræfatione, num. 472. & 475. & latius in 2. limitatione, vbi bene hanc comprobat conclusionem, & loquitur etiam de processu facto coram iudice incompetente, de quo vide etiam, quæ in simili de citatione decreta á iudice incompetenti, dixi, cap. 21. par. 3. Gabriel, consf. 52. num. 7. lib. 1. Cardinal. Tusch. practicarum conclusionum, in verbo litigiosi vitium, concl. 386. nu. 16.*

SEGVNDO PVNTO.

23 QVE la Real Camara no tenga derecho ninguno, asi executiuo, como ordinario contra estas guertas, es indubitable de derecho, ex sequentibus.

Lo

24 ¶ Lo primero, porque qualquiera derecho que la Real Camara pretenda tener cõtra ellas, lo auia de originar, pretendiendo que estas guertas fueron de Pedro Gallegos de Mendoça deudor de la Camara, y por todo este pleyto es hecho llano, que Pedro Gallegos de Mendoça no tuuo jamas derecho dellas, respeto de que en 13. de Mayo de 1598. Iuan Lopez de Mendoça su hijo las comprô de Fernando, y Bartolome de Zuleta hermanos, y de sus mugeres. Despues en 5. de Mayo, de 604. embiô poder a su padre, para que las pudiesse dar por dote en prendas, â quien casasse con doña Maria de Mendoça su hermana. Y por Iunio de 605. el Pedro Gallegos de Mendoça las dio en dote a don Dionisio de Astorga, que casò con doña Maria, cõ otros bienes. Por el año de 607. fue preso Pedro Gallegos de Mendoça, y hizo la fiança, que es quando se originò la deuda del fisco: demanera que aunque estas guertas huuiessen sido proprias de el Pedro Gallegos de Mendoça, por auer sido la enagenacion dellas, y constitucion de dote, dos años anterior a el delito, y accion de el fisco, no podia tener derecho el fisco a las dichas guertas, porque la obligacion de el fisco procede, no solo quando se enagenan las cosas despues de cometido el delito, sino es necessario que aya caydo sentencia, como es texto expresso la l. post contractum 15. ff. de donationibus, cui consonat lex Regia 2. titul. 4. part. 5. y en la dicha l. post contractum, Bart. Iacob. de Arenas, Paul. y Mõtepico, y otros innumerables Dotores que refiere el Padre Tomas Sanchez en los preceptos del decalogo, lib. 2 cap. 21. á nu. 1. Antoni. Gom. tom. 3. variarum, cap. vltim. num. 4. Peregrin. de iure fisci, lib. 5. titul. 1. num. 153.

25 ¶ Supuesto que es innegable no auer sido estas guertas de Pedro Gallegos de Mendoça, no

no halló titulo por donde la Real Camara, y sus Executores puedã tener derecho cõtra los possee-dores dellas, sino es pretẽdiendo q̃ dõ Pedro Dionisio de Astorga vino despues de ser heredero de el Pedro Gallegos de Mendoça, aunque al principio repudió la herencia, respeto de auer dado carta de pago, en que confessò auer recebido del Tesorero de la casa de la Contratacion de Seuilla, 349U256. marauedis de 5U. pesos, quitadas costas y auerias que vinieron delas Indias por bienes de Iuan Lopez de Mẽdoça su cuñado, hijo del dicho Pedro Gallegos, y que estos bienes eran de el Pedro Gallegos, y por auerlos cobrado se mezcló en la herencia, ex l. gerit, & l. pro hærede, ff. de acquirenda hæreditat. Y assi le pudieron executar como a heredero del Pedro Gallegos de Mẽdoça, vt ex doctrina Iason. in l. 2. §. fin. n. 1. de verbor. Suarez, in l. post rem iudicat. ampliat. 1. legis Regiæ, col. 1. pag. 277. Baeç. de inop. debit. c. 6. n. 3.

26 ¶ A esta oposicion, que es en la que funda su derecho el Real Fisco, se responde en las maneras siguientes.

27 ¶ Lo primero, que don Dionisio de Astorga no cobró esta cantidad como heredero de Pedro Gallegos de Mendoça, porque como consta delos mismos autos presentados por el Executor, quando vinieron a España los bienes de Iuan Lopez de Mendoça, tenia tambien madre viua, se repartieron sus bienes entre madre y padre, y assi hecho el computo por los mismos testimonios presentados por la parte contraria de lo que parece auer cobrado por el Pedro Gallegos de Mẽdoça, solo es la mitad de 479. pesos y vn tomin, que aun no monta 2U. reales de plata. Y en estos solos tendria la Real Camara derecho, y ha cobrado de las guertas mas de seis mil reales.

28 ¶ Y por este testimonio es por donde se quiere induzir heredero al dicho don Pedro Dionisio de Astorga para afectar las guertas.

29 ¶ Lo segundo, para que las l. gerit, y pro hærede, no tengã lugar en este caso, y en esta acetacion tacita de herencia, que quiere induzir el Fiscal de su Magestad, por auer cobrado don Pedro Dionisio esta partida. Se responde, que al tiẽpo y quando se pretende que el dicho don Pedro dio esta carta de pago, el susodicho tenia por su hijo menor a don Iuan de Astorga, en cuyo nombre cobró esta partida, como heredero de su madre: y atendiendose a los autos deste pleyto, y al recibo destas partidas, que fueron por Mayo de veynte y tres. Es cosa cierta, que esta plata no la recibio don Pedro Dionisio, como herencia de el Pedro Gallegos, sino para pagar deudas, o cumplir su alma. Prueuase euidentemente por los muchos acreedores que tenia, y porque el Executor de la Real Camara auia estado por Enero de 23. en Seuilla, y don Pedro Dionisio le auia dicho y consentido, que cobrasse destos los bienes de su suegro, y señaladoselos, y no cobrò: señal euidente de los muchos acreedores que auia sobre ellos, y de q̃ no erã bienes suyos, sino de sus acreedores.

30 ¶ Y de aqui sale la respuesta, que es, q̃ haziendo estos actos el padre en nombre de su hijo menor, auia menester acetaciõ expressa de herencia, y mas auiendo precedido repudiacion expressa, porque el padre legitimo administrador del menor, o el tutor, no puede con actos tacitos acetar herencia en que le perjudique al menor, sino es necessario que la acete con actos expressos, siendole vtil, l. potuit, C. de iure deliberand. Antonius Piagins, de tutor. & curat. quæst. 14. num. 1. gloss. & Doctores, in l. si hæreditas 9. ff. de testament. tutel.

31 ¶ Y esta acetacion le era tan dañosa, como se echa de ver, pues el Executor no se atreuio a cobrar della la condenacion de la Camara, con que se responde a las leyes gerit, y pro hærede.

32 ¶ La tercera respuesta y principal, es

para

para el punto que oy se trata, que es la via executiua, que si don Pedro Dionisio recibio estas partidas por Mayo de 23. que desde el dia que se auia de induzir acetacion de herencia, y por Enero del mismo año, q̃ es quãdo estuuo en Seuilla el Executor, se hizo la mejora de execuciõ en las guertas, de donde ocasionan la hypoteca y el vicio de el litigio, claramente se conuence que por el ditiempo no era parte legitima don Pedro Dionisio, pues auia repudiado la herencia, no se auia mezclado en ella, no posseia bienes de Pedro Gallegos de Mendoça, pues las guertas nunca auian sido suyas: y asi ni como a heredero de el dicho Pedro Gallegos de Mẽdoça, ni como a posseedor de bienes que vuiessen sido suyos, pudieron executar en estas guertas, citarlo a el de remate, como en proprios terminos lo resoluio Rebuf. de tutor. obligat. articul. 2. gloss. 2, num. 30. ibi: *Liquere tamen prius debet illam esse hæredem antequam in eum executio fiat, per gloss. in l. si cũ dotem, §. transgrediamur, ff. soluto matrimonio, §. plenè, Instit. de testamento milit. in numera iura allegat. Baeça, de in ope. debitore, cap. 6. n. 6.* Y asi faltando el principio, q̃ fue ser la execucion ninguna, y la citacion de remate de la misma manera, no se afectaron estas guertas a vicio de litigio; no passaron con el a doña Maria de Espejo, y a sus hijos terceros posseedores no se pudieron executar.

TERCERO PVNTO.

33 ¶ En este pretende doña Maria, q̃ quando la Real Camara tuuiesse derecho para vender estas guertas, quod cõstãter negamus, por lo menos tiene derecho de retencion, por dos mil y quinientos ducados, que ha hecho de mejoramientos en ellas. Estos mejoramientos los articula y prueua en esta instancia, en esta manera.

Iuan

34 ¶ Iuan Muñoz Zambrano, vezino de Seuilla en Triana de 36 años no le tocan, dize, q̃ luego que comprò la guerta Luys Gomez marido de doña Maria, hizo vna casa en ella, en que gastò quiniẽtos ducados poco mas, ò menos, por que no tenia casa, sino vna choça, y plantó muchos arboles frutales, hizo caños y gauias para defensa de la hazienda, hizo almazen, que en esto gastaria mil ducados sin los quinientos de la casa, sabelo como ortelano y capataz de vna guerta en aquel pago, y al presẽte tiene las dichas mejoras, que valen la dicha cantidad.

35 ¶ Francisco Rodriguez, vezino del lugar de Palomares de 30 años, no le tocan, dize tiene noticia de las guertas, desde que las comprò Luis Gomez, y sabe estauan muy mal tratadas, no tenia arbol con arbol, ni caño, ni gauia, y vna muy mala casa, y labró casa, y hizo en la guerta todo lo que refiere la pregũta: en lo qual le parece por cierto gastaria mil y quiniẽtos ducados poco mas o menos, y esto tiene oy de mejoras mas, y lo sabe por auer trabajado siempre en las dichas guertas y en otras junto a ellas, y tiene guerta este testigo pared en medio.

36 ¶ Blas Tello, maestro de albañil, vezino de Seuilla de 60 años, no le tocan, dize, q̃ luego que comprò Luys Gomez la guerta reedificó la casa, haziendola de nueuo, y en ella las obras q̃ la pregunta dize, y en ella y el adereço que hizo en los caños y açacayas de albañileria y carpinteria gastó ochocientos ducados, mas que menos, y lo sabe como maestro albañil que hizo toda la obra. Y en quanto a los arboles que se plantaron limpieza de los caños, y otras cosas que la pregunta refiere, lo vio hazer el testigo, pero no sabe lo que se gastaria en ello, y asi las dichas mejoras tiene la dicha guerta, y casa de mas valor que el q̃ tenia quando la compró.

Fran-

37 ¶ Francisco Chaues, vezino de Palomares, de 50. años, no le tocan, dize sabe la pregunta como en ella se contiene; porque luego q̃ Luys Gomez comprò la guerta, començò a adereçar la guerta, plantando las tierras calmas de arboles, y otros muchos en las marras que auia, limpiò los almasenes y caños, hizo gabias y ballados, y poços, y açacayas, y hizo de nueuo la casa, y vn almazen donde se recoge el agua: en todo lo qual le parece a el testigo gastaria mas de dos mil y quinientos ducados, y estos tiene oy de mejora, y mas valor que quando la comprò.

38 ¶. Supuesto las deposiciones destos testigos, en quanto a los mejoramientos, es euidente que por estos tiene derecho de retencion, sin que entre la disputa, si son voluntarios, o necessarios, supuesto que aora sean los vnos, ora sean los otros, notissimi iuris est, que siendo doña Maria posseedora de buena fee, con titulo de venta, tiene atencion por todos los otros mejoramientos, vt est textus expressus in l. vtilium, de expensis in rebus dotalibus factis, l. Paulus, in fin. de doli exception. cui consonat de iure Regio, expressus tex. in l. 44. titul. 28. part. 3 ibi: *Otrosi dezimos, que si el que fizo despensas que fuessen prouechosas, las fizo en buena fee, que las deue cobrar, maguer non fuessen menester*: in numera iura congerit ad has conclusiones, Ioan. Garcia, de expensis, c. 1. n. 25. 26. & 27.

39 ¶. Lo segundo, que ay que aueriguar en este punto, es, que gastaria en estas mejoras, la dicha doña Maria, y su marido, porque en esto parecen que estan varios los testigos; porque tres dizen mil y quinientos ducados. Y vno que dos mil y quinientos. Y otros dizen que mucho, sin liquidar la cantidad: por manera, que conforme a esto ay quatro testigos de mil y quinientos ducados, porque el de dos mil y quinientos, cõforme a la l. 3. de arbitris, viene a contestar en los mil y quinientos ducados que dizen los demas.

40 ¶ Por parte del Fiscal de su Mageſtad no ſe ha hecho prouança ninguna en contrario, de no auer hecho mejoramientos, con q̃ en quãto a eſta cantidad parece que es ſin duda auer de tener por ella derecho de retencion que le dà la dicha l. 44. tit. 28. part. 3. ibi: *Que aquel que las deſpenſas fiziere que ſean meneſter, que las puede, è deue cobrar, é maguer el ſeñor de la caſa lo venciesſe en juyzio, no ſe la deue entregar;* deciſ. Peruſina 58. n. 10. Capicius, deciſ. 39. Caualc. deciſ. 44. n. 60.

41 ¶ En quanto à el requiſito de la eſtimacion de los mejoramientos para pagarlos, q̃ es la l. in fundo, de rei vindicat. la l. 2. §. portio, ff. ad leg. Rodian. de iactu, l. ſi fundo de in rem verſo. Prueuan los teſtigos conforme a los requiſitos deſtas leyes, que las guertas ſe hizieron mas precioſas, q̃ ſe les dio de valor demas de tres mil ducados, porq̃ hizo de nueuo vnas caſas, limpió los caños, hizo açacayas, limpiò los poços, que todo eſtaua perdido, y no ſe podiã regar las guertas: y las plantarõ de arboleda en la tierra calma, y replantaron lo perdido.

42 ¶ En quanto a compenſar frutos con mejoramientos, ſin agrauio de la ſentencia de viſta, porque ſi contra doña Maria de Eſpejo, y ſus hijos ſe ha procedido eſſe inconueniente, y han ſido deſpojados de ſus guertas, que frutos podia pretender la Real Camara; pues el pretenderlos, y el compenſarlos, fuera en caſo que huuiera ſeguido el pleyto ordinariamente, y pretendiera frutos deſde el dia de la litis contextacion, ex l. certi iuris, cum vulgaribus; pero en la via executiua no ay frutos, ni ſe cõpenſan, pues fuerõ luego deſpojados: y aſsi la juſticia de doña Maria de Eſpejo, y de ſus hijos en todos tres puntos es notoria, para q̃ ſe reuoque la ſentẽcia de viſta. Pro vt iudicari ſperamus. Salua, &c.

Lic. Don Diego de Morales.